

editorial

En aquest butlletí, a més de dos interessants comentaris jurisprudencials, el primer sobre **la declaració de nul·litat dels acomiadaments de dones embarassades**, a càrrec de Carolina Gala i, l'altre, de nou sobre **l'aplicació dels dies de lliure disposició al personal laboral**, de Xavier Boltaina, us oferim el **Projecte de Llei de mesures en matèria d'ocupació pública**, publicat al Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya el passat 20 de gener ([accés al text](#)), en el qual us hem destacat alguns dels aspectes de més interès.

sentències

ÉS NECESSARI COMUNICAR LA SITUACIÓ D'EMBARÀS A L'EMPRESARI PERQUÈ ES PUGUI DECLARAR LA NUL·LITAT D'UN ACOMIADAMENT?

Sentència del Tribunal Constitucional 124/2009, de 18 de maig ([accés al text](#))

Comentada per Carolina Gala

En aquesta sentència del TC, que reafirma la postura ja defensada a la sentència 92/2008, de 21 de juliol, es planteja una qüestió alhora senzilla i molt coneguda -des de la perspectiva dels fets- i alhora complexa -des de la vessant de la interpretació de la norma aplicable-. Una treballadora va ser acomiadada sense que la carta d'acomiadament indiqués cap causa o motiu, reconeixent l'empresa la seva improcedència; però la treballadora es trobava embarassada en el moment de l'acomiadament, situació que no havia comunicat a l'empresari. Aquests fets donen lloc a tres interrogants: a) ens trobem davant d'un acomiadament improcedent per manca de causa, tal com va reconèixer la pròpia empresa?, b) o ens trobem davant d'un acomiadament nul per raó d'embaràs, per vulneració de l'art. 14 CE?, i, sobre tot, c) per tal que un acomiadament pugui ser qualificat com a nul, la treballadora ha d'haver comunicat prèviament el seu embaràs a l'empresari?

El TC empara a la treballadora, fent una interpretació molt protectora del contingut de l'art. 55.5.b) ET, sobre la base dels següents arguments:

- **En el marc de l'art. 55 ET no es pot qualificar mai un acomiadament d'improcedent.** L'acomiadament només podrà ser qualificat com a procedent (quan es provi la causa disciplinària al·legada a la carta d'acomiadament i que, lògicament, no té res a veure amb la situació d'embaràs), o nul (quan no es provi la causa al·legada).
- L'acreditació del previ coneixement de l'embaràs per part de l'empresari no és una exigència per a la declaració de nul·litat de l'acomiadament efectuat durant el període d'embaràs. Tampoc ho és la prèvia notificació per part de la treballadora d'aquesta situació a l'empresari. Per contra, tots els criteris d'interpretació gramatical, lògica i teleològica aplicables (art. 3.1 del Codi Civil), a més del criteri últim i superior, que és el d'interpretació d'acord amb la Constitució, condueixen a considerar que **la nul·litat de l'acomiadament té en l'art. 55.5.b) un caràcter automàtic, vinculat exclusivament a l'acreditació de l'embaràs de la treballadora i a la no consideració de l'acomiadament com a procedent per motius no relacionats amb ell.**
- La regulació legal de **la nul·litat de l'acomiadament de les treballadores embarassades constitueix una institució directament vinculada amb el dret a la no discriminació per raó de sexe proclamat en l'art. 14 CE**, encara que també s'hi puguin trobar vincles amb d'altres drets i béns constitucionalment protegits, com ara el dret a la seguretat i salut de les treballadores embarassades (art. 40.2 CE), i la protecció de la família i dels fills (art. 39.1 i 2 CE).
- S'ha de distingir el supòsit de nul·litat en cas d'acomiadaments discriminatoris o amb vulneració de drets fonamentals (art. 55.5 primer paràgraf), del supòsit de l'art. 55.5.b). Aquest últim regula una nul·litat objectiva, diferent de la nul·litat per causa de discriminació, i que actua en qualsevol situació d'embaràs, al marge que existeixin o no indicis de tractament discriminatori o, fins i tot, del fet que concorri o no un mòbil de discriminació.
- **El legislador nacional ha optat per anar més enllà de la Directiva comunitària**, superant els nivells mínims de protecció en ella previstos. Es configura un mecanisme de garantia reforçada en la tutela de les treballadores embarassades, reforçament que posseeix, a més, una clara rellevància constitucional. En primer lloc, des de la perspectiva prioritària del dret a la no discriminació per raó de sexe, que es veu reforçat en dispensar a la treballadora d'una prova que, de vegades, pot ser enormement complicada i l'exigència de la qual limitaria l'eficàcia del dret fonamental. Amb això s'eximeix, a més, de la necessitat de demostrar el coneixement per part d'un tercer, d'un fet que pertany a l'esfera més íntima de la persona i que la treballadora pot desitjar mantenir, legítimament, fora del

coneixement dels altres, i en particular de l'empresa, per múltiples raons (fins i tot pel desig de preservar un lloc de treball que es pot veure amenaçat com a conseqüència de l'embaràs).

- **Exonerar de la prova del coneixement de l'embaràs** i, amb ella, de tota obligació de declaració prèvia, substituint-la per la prova, en cas d'acomiadament, d'un fet físic objectiu com ho és l'embaràs en sí mateix, **constitueix, sens dubte, una mesura d'enfortiment de les garanties davant l'acomiadament de la treballadora embarassada**, alhora que és plenament coherent amb el reconeixement del seu dret a la intimitat personal i familiar (art. 18.1 CE).
- Cal recordar que aquesta garantia reforçada abasta, segons l'art. 55.5 b), el temps transcorregut entre la data d'inici de l'embaràs i la data d'inici del període de suspensió per maternitat.

En definitiva, tal i com ja assenyalava la STC 92/2008, **l'acomiadament d'una treballadora que es produeixi entre la data d'inici de l'embaràs -fins i tot quan ella no en tingui constància- i la data de suspensió per maternitat, serà nul quan no es provi la seva procedència per raons alienes a l'embaràs, i l'única prova que haurà d'aportar la treballadora es referirà exclusivament a la seva situació física d'embaràs en el moment de l'acomiadament**, produint-se, en conseqüència, una inversió de la càrrega de la prova.

S'HA POSAT FI AL DEBAT SOBRE L'APLICACIÓ DE L'ART. 48.2 EBEP AL PERSONAL LABORAL?

Sentència del Tribunal Suprem de 8 de juny de 2009, recurs 67/2008 ([accés al text](#))

Comentada per Xavier Boltaina

En números anteriors del Butlletí del CEMICAL (núm. 61 i 77) es van analitzar diversos pronunciaments judicials que han debatut l'aplicació dels dies de lliure disposició (art.48.2 EBEP) al personal laboral. La STS objecte d'aquest comentari sembla que posa punt i final al debat, ja que desestima el recurs que es va presentar contra la SAN de 25 de gener de 2008 (comentada en el núm. 61), sobre la base dels següents arguments:

- L'EBEP conté un detallat règim de permisos en el seu art. 48 (comprès dins del Capítol V del Títol III, arts. 47 a 50). **Aquests preceptes estan adreçats "essencialment" al personal funcionari**, com ho demostra el mateix títol de l'articulat i, més concretament, l'art. 48 que es refereix a "permisos dels funcionaris públics".
- Tan sols **l'art. 51 EBEP conté una referència expressa al personal laboral** quan afirma que el règim de permisos serà el previst en el Capítol V i en la legislació laboral corresponent, **però no estableix cap jerarquia entre els diferents tipus de normes que regulen el gaudiment dels dies de lliure disposició**. Davant d'això, cal recórrer a l'art. 7 EBEP, segons el qual el personal laboral es regeix, a més de per la legislació laboral i els convenis col·lectius, pels preceptes de l'EBEP que així ho disposin.
- L'art. 48.2 **no es pot entendre com una "norma de dret necessari"** d'aplicació incondicionada, que obligui a modificar o adaptar el conveni col·lectiu del personal laboral. En aquest sentit, el TS accepta la doctrina fixada per la SAN de 25 de gener de 2008 segons la qual **cal comparar**, no només el règim de dies de lliure disposició sinó **tota la completa regulació que prevegi el conveni sobre permisos, llicències i vacances, amb la prevista a l'EBEP**. D'acord amb aquesta doctrina, l'art. 48.2 no s'aplica sempre i en tot cas al personal laboral, sinó que a l'empara de l'art. 3 ET, l'art. 48.2 no és aplicable amb caràcter preferent respecte d'allò previst al conveni col·lectiu del personal laboral, sinó **que caldrà trobar quin sigui el conjunt normatiu més beneficiós (conveni o EBEP)**. **Prevaldrà i serà d'aplicació aquell règim regulador que, en conjunt, sigui més favorable**.
- En conseqüència, **no és factible substituir, exclusivament, el règim sobre dies de lliure disposició previst a un conveni** -en cas que en prevegi algun- **per l'establert a l'EBEP**. La tècnica "d'espigar" **no és possible en el dret laboral espanyol**, de manera que una part no pot imposar, unilateralment, que per als supòsits que coexisteixin dues normatives diferents, s'elegirà, per a cada cas concret, la més favorable, rebutjant aquells aspectes menys favorables de l'EBEP.

El criteri de norma més favorable -conclou el TS- **s'ha d'aplicar respectant la unitat de regulació de la matèria i en cap cas, del redactat de l'art. 51 EBEP es pot deduir que es pugui aplicar sempre i amb preferència absoluta la normativa de l'EBEP sobre allò que hagi previst el conveni col·lectiu en matèria de permisos per al personal laboral**.

Sembla, doncs, que el TS tanca el debat sobre la qüestió. Però és evident que a partir d'ara, superada la disquisició sobre l'aplicació incondicionada de l'art. 48.2 al personal laboral -que no és factible-, **es fa precís efectuar una tasca comparativa entre el que disposi l'EBEP i allò previst al conveni col·lectiu de la corporació local sobre permisos, vacances i jornada de treball**. Exercici jurídic que no serà fàcil en tots els casos i que no deixa d'introduir una forta inseguret jurídica.